



Tvisteløsningsnemnda

Vedtaksdato
13.11.2018

Vår referanse
2017/52852

Saksbehandler
Mahreen Shaffi

VEDTAK NR 103/18 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Tvisteløsningsnemnda avholdt møte torsdag 23. august 2018.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Steffen G. Rogstad, nestleder
Vetle Wetlesen Rasmussen, YS
Per H. Engeland, Virke

Saken gjelder

Tvist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som assistent i stilling på 35,68 prosent i B.

Den 6. april 2017 fremsatte hun krav om stillingsutvidelse til 56 prosent på grunnlag av utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto kravet etter drøftingsmøte 27. november 2017, med begrunnelsen at hun har arbeidet vakter hun ikke har kompetanse til, og arbeidsgiver anser det ikke som merarbeid.

Timeoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 404,5 timer utover avtalt arbeidstid i perioden fra og med 6. april 2016 til og med 5. april 2017. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for Tvisteløsningsnemnda ved brev datert 15. desember 2017. Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 15. desember 2017
- e-post av 22. januar 2018
- e-post av 30. april 2018

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 3. april 2018
- brev datert 24. april 2018
- brev datert 21. september 2018

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste:

Merarbeidet hun har utført i tolv månedersperioden viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling på 20,38 prosent tilsvarende faktisk arbeidstid. Selv om arbeidstaker er ansatt som assistent, vil hun fortsette å dekke det tilsvarende behovet.

Arbeidsgivers anførsler

B anfører i det vesentligste:

Begrunnelsen for avvisningen av kravet er mangel på kompetanse hos arbeidstaker. A har ingen formell helsefaglig utdanning, og hun har dekket ledige vakter for sykepleiere og helsefagarbeidere.

Det er en etablert praksis at det ved ledige vakter blir brukt formelt kvalifisert personell. Arbeidsgiver har også en vikarpool-ordning, som er et resultat av økte krav fra ansatte i henhold til § 14-4 a. Dette er personell som må brukes først dersom de har riktig kompetanse. Arbeidsgiver har som mål å ha personell i vikarpoolen som innehar en fagkompetanse, men har ikke oppnådd dette ennå. Ved ledige vakter forsøkes det først å dekke vekten med riktig kompetanse.

Pasientene som arbeidstaker har jobbet på har alle en langtkommen demensdiagnose og de er avhengig av at de ansatte har kunnskap og kompetanse om sykdommen. De har store hjelpebehov og trenger tilstedeværelse av ansatte til enhver tid. Det er derfor ikke mulig å la vakter stå vakant når det er akutt sykdom eller annet fravær i avdelingen.

Dersom en assistent dekker en sykepleiervakt må denne kompetansen innhentes fra andre avdelinger for å utføre de sykepleiefaglige oppgavene på avdelingen. Avdelingsleder må derfor til enhver tid passe på at avdelingen har riktig kompetansenivå for å unngå ekstra belastning på noen få. For mange assistenter vil kunne føre til dårlig kvalitet og fare for pasientens sikkerhet samt ansattes stress og sårbarhet.

Tvisteløsningsnemndas merknader

Tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for Tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2). I henhold til forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 2 settes nemnda med leder og to faste medlemmer.

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Arbeidstaker fremsatte sitt krav for arbeidsgiver 6. april 2017. Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble fremsatt for arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed fra og med 6. april 2016 til og med 5. april 2017. Dokumentasjonen som er forelagt nemnda viser at A har arbeidet 404,5 timer utover sin faste stilling i beregningsperioden.

B har gjennom fremlagt dokumentasjon redegjort for at 315,5 timer av As merarbeid har vært som vikar for sykepleiere og helsefagarbeidere, og har anført at disse ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget fordi det ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile behov for en assistents kompetanse.

Nemnda bemerker at det i utgangspunktet er arbeidsgiver som fastsetter kompetansesammensetningen i virksomheten og hvilke kvalifikasjonskrav som skal gjelde for den enkelte stilling, og at nemnda i begrenset grad bør prøve arbeidsgivers vurdering av dette.

Nemnda har også forståelse for at arbeidsgiver i enkelttilfeller kan vurdere det som faglig forsvarlig å leie inn en personell som ikke er formelt kvalifisert som vikar for f.eks. en sykepleier, uten at dette dermed er uttrykk for en tilfredsstillende kompetansesammensetning i et lengre tidsperspektiv.

I vurderingen av denne saken har nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Rogstad og Engeland, har kommet til at merarbeidet utført som vikar for sykepleiere og helsefagarbeidere ikke skal inngå i beregningsgrunnlaget. I denne saken har arbeidsgiver forsøkt aktivt å dekke opp behovet med den ønskede kompetansen gjennom flere relevante stillingsutlysninger i perioden. Arbeidsgiver har videre opplyst at det er ansatt 5 helsefagarbeidere og 3 sykepleiere på de avdelingene A har utført sitt merarbeid. Ettersom disse stillingene krever en annen kompetanse og utdanning enn det arbeidstaker innehar, finner nemnda at dette merarbeidet ikke kan inngå i jevnlighetsvurderingen og grunnlaget for beregning av utvidet stillingsprosent, da dette arbeidet ikke er uttrykk for arbeidsgivers stabile og varige behov for en assistents kompetanse.

Inngangskriteriet om at den deltidsansatte har arbeidet «jevnlign» utover avtalt arbeidstid byr på en konkret og skjønnsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til Tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik nemnda ser det, vil disse tre momentene i noen grad gripe inn i hverandre. Uten en viss hyppighet, vil f.eks. merarbeidet heller ikke få nevneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for perioder der forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele beregningsperioden, men det kan ikke stilles bestemte krav til at arbeidet er utført ukentlig e.l. For at «merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis», er det tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele beregningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver.

Etter flertallets forståelse av kravet til jevnlighet kan ikke A ha krav på økt stilling. Det vises til at det er 6-7 måneder uten merarbeid i beregningsperioden. Merarbeidet har dermed ikke hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Flertallet har etter dette kommet til at A ikke fyller kravene i § 14-4 a, og derfor ikke kan få medhold.

Nemndas mindretall, medlemmet Rasmussen, har kommet frem til at merarbeidet skal tas med i beregningsgrunnlaget. Arbeidsgiver har i stor utstrekning og over en lengre periode benyttet seg av A som vikar i vakter tilhørende sykepleier- og helsefagarbeiderstillinger, noe B har ansett som forsvarlig. Slik saken er opplyst finner ikke mindretallet holdepunkter for at A har utført arbeidsoppgaver som krever fag- og høyskoleutdanning, og mindretallet legger derfor til grunn at arbeidsgiver har organisert arbeidet på de aktuelle vaktene slik at den faglige bemanningen samlet sett har vært forsvarlig.

Arbeidsgiver har videre opplyst om at det er blitt utlyst og ansatt sykepleiere og helsefagarbeidere, men for mindretallet er det uklart om rekrutteringen knytter seg til

alminnelig turnover ved virksomheten, eller om det er en oppbemanning for å begrense merarbeidsbruken. Den påberopte rekrutteringen er ikke knyttet til vikarpoolordningen som skal dekke inn det merarbeid denne saken gjelder, og avlaster derved ikke den aktuelle merarbeidsbruken. Etter mindretallet syn har derved ikke arbeidsgiver dokumentert at de forsøker å rekruttere personell for å begrense bruken av ufaglærte for å dekke det løpende merarbeidsbehovet. Mindretallet forventer at bruken av ufaglært arbeidskraft vil fortsette, og kan ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at det ikke er driftsmessig forsvarlig å øke andelen fast ansatte med den kompetansen A har.

Mindretallet har kommet til at merarbeidet er utført jevnlig. Merarbeidet i denne saken går etter mindretallets oppfatning utover det sporadiske. Ekstraarbeidet har vært tilstrekkelig jevnt fordelt utover året. Mindretallet viser til at A har hatt ekstravakter hver måned i beregningsperioden, uten noen særlige opphold. Mindretallet finner at ekstraarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i tolv månedersperioden. Merarbeidet fremstår dermed etter en helhetsvurdering som en etablert praksis som oppfyller lovens krav.

Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, i dette tilfellet 1668,5 timer. Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 404,5 timer utover avtalt arbeidstid i beregningsperioden. Etter mindretallets oppfatning har hun krav på utvidelse på en stillingsprosent på 24,24. Samlet utgjør dette en stillingsprosent på 59,92.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Steffen G. Rogstad
nestleder

13.11.2018

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).